DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA

DE CONDICTIONE FURTIVA,

QUAM
CONSENSU
ILLUSTRIS JCTORUM ORDINIS
ALMÆ AC PER-ANTIQUÆ UNIVERSITATIS
ERFORDIENSIS
PRÆSIDE
DN. CONR. WILHELMO Strecker,
J. V. D. JUD. ELECTORALIS PROVINCIALIS ET FACULTATIS JURIDICÆ IN ALMA HIERANA ASSESSORE, PROFESSORE PUBLICO, NEC NON CIVITATIS ERFORDIENSIS SENATORE,
PRO LICENTIA
SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES ET PRIVILEGIA DOCTORALIA RITE ET LEGITIME
CAPESSENDI
IN AUDITORIO JCTORUM MAJORI,
HORIS CONSUETIS
PLACIDÆ ERUDITORUM DISCUSSIONI SUBMITTIT,
RESPONDENS AUTOR
GEORGIUS HENRICUS Linße/
KIRCHANGLO SONDERSHUS. ADVOC. GREUSSENS.

DIE IV. JULII M DCC XXIX.

ERFORDIÆ,
Litteris GROSCHIANIS, Acad. Typogr.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

Digitized by Google

§. I.

IN unoquoque delicto vitioſitatem actus ab effectu, hoc eſt, ipſam legis violationem à damno alteri per illam illato probe diſcernendam eſſe, rectiſſime monet GROTIVS *de Jure Belli & Pac. L. 2. cap. 17. §. 22.* Illi quippe pœna delinquenti imponenda reſpondet, ad quam is hactenus obligatus eſſe cenſetur, ut de injuria conqueri non poſſit, ſi ob malum actionis malum quoddam paſſionis eidem infligatur. Hujus vero contemplatione ad damni dati reparationem legum temerator tenetur, cum alias vanum ſit præcepiſſe, ne alter lædatur, ſi, ubi de facto is læſus fuerit, damnum ipſi gratis ſit devorandum, & qui læſit fructu ſuæ injuriæ ſecure & citra refuſionem gaudere queat. PVFENDORF. *de Jure Nat. & Gent. L. 3. c. 1. §. 2.* Quæ uti in ſe plana ſunt, nec ulteriori demonſtratione indigent: ita & in furto, quod conſiſtit in fraudulenta rei alienæ contrectatione, invito domino facta, locum habere, furemque non ad pœ-

Digitized by Google

nam ſolum, ſed & præterea ad rem ſubtractam domino reſtituendam naturaliter obſtringi, manifeſtum eſt.

§. II.

Tantum vero abeſt, ut jus poſitivum Romanum duplicem hanc, quæ ex furto oritur, obligationem improbaverit, ut potius utramque perſpicue confirmaverit, atque per varia, quæ contra fures conceſſit, remedia civilia inſigniter ſtabiliverit. Quinque enim actiones furti nomine juris Romani conditores propoſuerunt, quarum duæ pœnales, ut actio furti ad duplum vel quadruplum, nec non accuſatio criminalis ad coercitionem publicam, tres vero rei perſequendæ cauſa comparatæ ſunt, ut actio ad exhibendum, rei Vindicatio & denique Condictio furtiva.

§. III.

Quod igitur *Condictionis* vocabulum, de quo pauca in genere præfari juvat, attinet, nec Juſtinianeos novos latere poteſt, in ſenſu laxiori omnes in perſonam actiones eo nomine venire, & a condicendo, quod eſt denunciare priſca lingua, ita appellari *§. 15. J. de Action.* quoniam enim veteres Romani rus manibus colebant, opus erat, ut actor reo certum diem, quo cum ipſo lege agere vellet, diceret ſeu denunciaret, reus autem condiceret, ſive ſimul diceret atque conſentiret. Et quamvis mos iſte denuntiandi in actionibus quoque realibus olim uſurparetur: attamen condictionis nomen ſolis perſonalibus hæſit, partim quod actionibus in rem peculiaris eſſet ritus, manus nimirum conſertio, rei prehenſio & vindicatio, à quo illæ *Vindicationes* nominatæ, partim quod denuntiatio ejusmodi in perſona-

perſonalibus actionibus magis, quam in vindicationibus uſitata eſſet, cum in his res magis, quam perſona conveniri videretur. *Conf.* EVERARD. OTTO, *Vir Clar. in Comment. ad Inſt. c. §. 15. J. de Action.* BRISSON. *de V. S. voc. Condicere.* In ſignificatu vero *ſtrictiori* Condictionis vox certis tantummodo in perſonam actionibus applicata eſt, iis videlicet, quæ alio, eoque ſpeciali nomine deſtituuntur, quales ſunt Condictio ob cauſam datorum, Condictio ob turpem & injuſtam cauſam, aliæque, de quibus in ff. Lib. XII. & XIII. diverſis Titulis agitur, quas inter etiam eſt Condictio furtiva, utut à reliquarum Condictionum indole nonnihil deflectens, prout ex infra dicendis dilucidius apparebit.

§. IV.

Deſcribitur autem *Condictio furtiva*, quod ſit *actio perſonalis, quæ datur ei, cui res furto ſurrepta eſt; contra furem vel ejus heredem, ad rem ablatam ejusve æſtimationem reſtituendam, omneque damnum reſarciendum.* Eſt illa ad exemplum aliarum Condictionum vel *Certi* vel *Incerti*, cujus partitionis ratio ac fundamentum in objecto potiſſimum quæri & collocari debet. Quemadmodum enim, auctore VLPIANO *in l. 9. pr. ff. de Reb. Cred.* certi Condictio ex omni cauſa, atque ex omni obligatione, ex qua certum petitur, competit, certum porro, præcipiente CAJO *in l. 74. §. 1. ff. de V. O.* vocatur, quod ex ipſa pronunciatione apparet, quid, quale, quantumque ſit, veluti ſi ſpecies, ſeu, ut Philoſophi loquuntur, individuum determinatum, aut quantitas determinata petitur: ita Condictionem furtivam *Certi* in caſu, quo certum quid in actionem deducitur, locum habere, at-

que adeo tunc demum inſtitui poſſe conſequitur, ſi dominus rem ipſam furto ablatam, de cujus ſubſtantia, quantitate & qualitate ſufficienter conſtat, à fure vel ejus herede repetit, unde etiam *ipſorum Corporum Condictio* dicitur in *l. 8. pr. ff. de Cond. furt.* E contrario ſicut incerti Condictio iis accommodatur, qui incertum, id eſt, docente VLPIANO in *l. 75. pr. ff. de V. O.* tale quid perſequuntur, de quo non apparet, quid, quale, quantumque ſit, quo imprimis genus, ſive individuum vagum, æſtimatio, id quod intereſt, poſſeſſio & ſimilia referri conſueverunt: ita & Condictioni furtivæ *incerti* locus eſt, ſi vel dominus ad rei furto ſubtractæ, quæ extincta aut conſumta eſt, æſtimationem agat, unde in *l. 8. pr. ff. de Condict. furt.* Condictio æſtimationis Condictioni ipſorum Corporum opponitur, vel ſi b. f. poſſeſſor poſſeſſionis bona fide acquiſitæ & per furtum interverſæ reſtitutionem depoſcat, *arg. l. 2. ff. de Condict. Tritic.* vel denique ſi Creditor rei ſibi oppignoratæ & furto ereptæ poſſeſſionem repetat. *l. 12. §. f. ff. de Condict. furt.* At cum memorata diſtinctio exiguam, præſertim hodie, utilitatem habeat, eaque, quæ dicta ſunt, intelligendis Juris Romani textibus hactenus ſufficere poſſint: non eſt, quod prolixiori ejusdem explanationi immoremur, vel etiam in ſequentibus nimis ſcrupuloſe eam ſectemur.

§. V.

Originem Condictionis furtivæ quod attinet, inter Interpretes non ſatis convenit, utrum illa ex Jure Civili, an Prætorio repetenda ſit. Poſterius tuetur HOTOMANNVS *ad §. 14. J. de Action.* ſed rationibus parum

vali-

validis. Primum enim provocat ad inſcriptionem Legum titulo ff. de Condictione furtiva ſubjectarum, quarum nonnullæ ex Commentariis PAVLI atque VLPIANI ad Edictum transſcriptæ ſunt; deinde ſingularem hujus condictionis naturam urget, eo, quod detur domino, contra rationem Juris Civilis, negantis dominum rem ſuam condicere poſſe. Verum enim vero cum plures aliæ leges ſub eodem titulo reperiantur, ex JCtorum libris Quæſtionum, Digeſtorum, Diſputationum & ſimilibus collectæ, nec inſolens, ea quæ certo Jure Civili conſtituta ſunt, in Edicto repeti atque confirmari, *l. 1. pr. ff. Commodat.* Et tandem vitioſa admodum illatio foret, ſi quis exinde, quod actio quædam ſingularia nonnulla habet, illico concludere vellet, eam ex jure Honorario promanaſſe: hinc, quam parum roboris argumentis Hotomanni inſit, in aprico eſt. Verior igitur cenſenda doctrina eorum, qui condictionem furtivam ex ipſo Jure Civili proceſſiſſe ſtatuunt, ex quo fonte etiam reliquæ Condictiones profluxerunt. OLDENDORP. *in Claſſ. Act. 7. act. 4.*

§. VI.

Quænam vero ratio juris Romani auctores permoverit, ut præter Rei vindicationem, quæ Domino contra quemcunque rei ablatæ poſſeſſorem competit, condictionem furtivam quoque introducerent, nunc porro inquirendum eſt. Scilicet actione ad ſimplicem reſtitutionem, qualis eſt rei vindicatio, dominis contra fures non ſatis proſpectum credebatur, quoniam ſæpe eveniebat, ut res furto amota non amplius extaret, aut deterior facta eſſet, quo caſu, quanquam contra

tra ipſum furem, qui videbatur dolo deſiiſſe poſſidere, actio realis adhuc moveri poterat, vindicatio tamen intuitu heredum eo caſu prorſus ceſſabat. Ad hæc dominus rem ablatam vindicaturus moleſtam, & ut plurimum impeditam, dominii probationem ſuſcipere tenebatur. Quamobrem ut & dominis plenius conſuleretur, illique onerosâ hac probatione ſublevarentur, & fures eo magis pluribus actionibus tenerentur, Condictio furtiva inventa, & odio furum ſimul effectum eſt, ut durius longe teneantur ipſi, eorumque heredes, quam ſimplices rei poſſeſſores, de qua re mox diſſeretur copioſius.

§. VII.

Proximum eſt, ut immediatam cauſam Condictionis noſtræ inveſtigemus, de qua acriter admodum diſputant Interpretes. Equidem extra oleas, quod ajunt, vagarer, ſi exploſas pridem eorum opiniones referre, relatasque refellere ſuſtinerem, qui condictionem furtivam ex dominio, ſaltem ex parte actoris, deſcendere cum SALICETO & DVARENO contendunt, vel eam ex poſſeſſione cum GLOSSA derivant. vid. CLVD. *de Condict. furt. c. c. 8. & 9.* Ex Jure quippe reali actionem perſonalem, prout eſt condictio furtiva, profluere, à principiis Jurisprudentiæ Romanæ penitus abhorret. Majorem veri ſpeciem præ ſe fert ſententia eorum, qui cum HVBERO *in Prælect. ad ff. de Condict. furt. §. 2.* LYNCKERO *in Anal. ad Struv. c. Tit.* BOEHMERO *in Introduct. in Jus Digeſt. d. tit. §. 2. & Tr. de Action. ſ. 2. c. 5. §. 34.* LAVTERBACH *in comp. p. 209.* aliisque, condictionem noſtram immediate ex Lege eſſe autumant; a qui-

a quibus non multum diſſident, qui ad *quaſi contractum* ejus originem referunt, v. SCHILTER. *Exerc. ad π. XXIV. §. 47.* Pro qua aſſertione corroboranda ſequentes potiſſimum rationes adducuntur, 1) quod dicta condictio actioni ex maleficio diſerte opponatur *in l. 10. §. 2. π. de Compenſat.* Et 2) haudquaquam famoſa ſit. *l. 36. π. de Obl. & Act.* manifeſto, uti putant, indicio, illam ex delicto non deſcendere, cum ſi ex furto, delicto maxime famoſo, oriretur, condemnato non poſſit non infamia irrogari. 3) Quod contra heredes furis & quidem in ſolidum detur, id quod fieri non poſſe ſibi perſuadent, ſi cauſa actionis immediata furtum eſſet. Tralatitium enim eſſe aſſeverant, nullam regulariter actionem ex delicto contra heredem competere, quamvis illa ſit rei perſecutoria. *l. 4. in f. & ſeqq. π. de alienat. Jud. mut. cauſ. fact.* vel etiam ex delicto aliquid ad heredem pervenerit; nam hoc caſu actionem in factum quidem, in quantum is locupletior factus ſit, non vero actionem ex delicto locum habere exiſtimant. 4) quod contra illum, cujus ope conſilio furtum factum eſt, non detur, *l. 6. π. de Cond. furt.* cum tamen is revera ad furtum concurrat, pro fure habeatur, atque actione furti, quæ ex delicto procedit, teneatur. Quodſi igitur condictio furtiva pariter ex furto eſſet, neceſſario, uti quidem rentur, ad illum quoque, qui opem auxiliumque tulit, debuiſſet proferri. Ex quibus tandem 5) concludunt, quod licet furtum in hac actione præſupponatur, illud tamen magis *ut cauſa ſine qua non*, quam ut cauſa efficiens actionis conſiderandum ſit.

§. VIII.

His tamen non obſtantibus condictionem furtivam ex ipſo furto naſci, hocque proin illius proximam eſſe atque immediatam cauſam verius videtur. Sicut enim actio furti, fatentibus omnibus, ex delicto eſt, furque ideo ad pœnam tenetur, quia rem alienam invito domino fraudulenter contrectavit: ita idem ſimul ex eadem cauſa, quod ſcil. rem alienam alteri inique abſtulit, ad eam reddendam jure naturali pariter ac civili obligatur, neque ratio aliqua ſuppetit, quæ impediat, quo minus ex uno delicto obligatio vel actio & ad pœnam & ad damni reparationem oriatur v. §. I. Facit porro, quod is, qui hac actione experitur, non aliud intentionis ſuæ fundamentum in libello alleget, quam quod res a reo, aut ſi contra heredes agatur, ab illo, cui iſti ſucceſſerunt, fuerit ſurrepta, quo probato citra omnem dubitationem condemnatio, vel non probato, abſolutio ſequitur. *v. l. 13. §. 2. ff. de Jurejurand.* Dn. BOEHMER *de Action. ſ. 2. c. 5. §. 36. & ibi not.* Quamvis ergo admitti poſſit, legem adſtringere furem heredesve ad rei ablatæ reſtitutionem, tamen obligatio iſta non immediate a lege, ſed mediate, mediante videlicet furto, producitur. Hinc notanter ULPIANUS *in l. 4. ff. de cond. furt.* tum concedit condictionem, ſi e. g. ſervus *furtum* commiſerit, eaque *in l. 2. §. 5. eod.* & paſſim alibi ex *cauſa furtiva eſſe* dicitur, quæ verba, illam ex maleficio oriri, non obſcure indicant *l. 10. §. 2. ff. de Compenſat.* Præterea quoque a PAULO cum actione rerum amotarum expreſſe comparatur,

&

Digitized by Google

& de illa, quod ex delicto naſcatur, diſerte aſſeritur *in l.21. §. 5. π. de action. rer. amot.* Conſentit nobiſcum CVIACIVS *L. 7. obſ. c. 37.* MERILLIVS *in Variant. ex Cujacio. L.1. c. 21.* STRVVIVS *Ex. 18. §. 50.* STRAVCHIVS *Diſſ. Jur. Inſt. XIX. §. 8.* TITIVS *in Jur. Princ. l. 5. c. 1. §. 9.*

§. IX.

Neque vero ſententiam noſtram evertunt ea, quæ §. 7. in contrarium allata ſunt. Nam quoad 1) cit. *l. 10. §. 2. π. de Compenſat.* nobis adeo non contraria eſt, ut potius novum, idque egregium, nobis argumentum ſuppeditet. Ait VLPIANVS: *quoties ex maleficio oritur actio, utputa ex cauſa furtiva, ceterorumque maleficiorum, ſi de ea pecuniarie agitur, compenſatio locum habet. Actionem ex cauſa furtiva ortam* communiter explicant Interpretes de actione furti, quæ cum ex delicto deſcendat, condictionem furtivam ex eodem fonte promanare dicendum eſt, cum de hac etiam, quod *ex furtiva cauſa* agatur, prædicetur *v. §. præc.* Pergit VLPIANVS: *Idem eſt, & ſi condicatur ex cauſa furtiva: ſed & qui noxali judicio convenitur, compenſationem opponere poteſt.* atque adeo condictionem furtivam expreſſis verbis inter exempla actionum ex maleficio deſcendentium refert, neutiquam vero his, ut diſſentientes volunt, opponit. Quoad 2) plane non ſequitur; actio non eſt famoſa, E. non eſt ex delicto. Cum enim condictio furtiva rem ſolum perſequatur, infamia vero pœnæ ſpecies ſit, non poteſt condemnato ex hac actione infamia inuri, ſed ſufficit, ſi ſecundum naturam actionum rei

perſecutoriarum id, quod nobis abeſt ex patrimonio, reſtituitur, & reus ad id, non ultra, condemnatur. Accedit, quod nec actio rerum amotarum famoſa ſit, quæ tamen ex delicto eſſe diſerte perhibetur *in c. l. 21. §. 5. ff. de act. rer. amot.* ad 3) & 4) commodius infra §. 12. & 13. reſpondebitur. ad 5) reponimus, eodem modo dici poſſe, actiones e. g. emti venditi, locati conducti &c. non fluere ex ipſo contractu emtionis vel locationis, nec actionem furti pœnalem ex delicto reſultare, ſed illum vel hoc conſtituere ſolum cauſam ſine qua non, cum nulla dari queat ratio, quare magis ex facto licito quam illicito, & ex hoc magis ad pœnam, quam ad damni reparationem, obligatio oriatur.

§. X.

Venio nunc ad perſonas, quibus condictio furtiva competit. Datur ſcil. illa 1) Domino. *l. 1. ff. de Condict. furt.* modo a) res ei ſurrepta ſit. Unde is, cui dominus rem furtivam legavit, utut dominium ideo conſecutus ſit, condicere non poteſt. *l. 11. ff. eod.* Ex diverſo tamen, ſi cui res ablata, qui poſt ablationem dominus eſſe incipit & ipſi dabitur condictio, quia res cuſtodiæ ejus ſubducta eſt. BEYER *Poſ. ad ff. eod. tit. n. 8.* b) modo dominium tempore litis conteſtatæ adhuc habeat; quod ſi ergo rem alienaverit inter vivos, vel legaverit, condictio ceſſat. *l. 10. §. 2. & 3. ff. eod.* Atque hoc ipſum eſt, in quo furtiva condictio a reliquarum indole potiſſimum abit, cum in his regulariter dominium ab actore receſſiſſe præſupponatur, prout jam §. 5. tetigi. Plane dilucide VLPIANVS *in l. f. ff. uſufr. quemadm. cav. proditum eſt,* ait, *neminem rem ſuam*

niſi

niſi furi condicere poſſe. Ut vero domino actione contra fures, *ſi paret eos dare oportere*, experiri permitteretur, odium furum effecit, ceu Imperator in *§. 14. J. de action.* indicat. Ubi tamen non opus eſſe cenſemus, ut verbum *dare* præciſe & indiſtincte de dominii translatione exaudiatur, quamvis enim ordinarie id cuiquam dari intelligatur, quod ita datur, ut ejus fiat, *c. §. 14. J. l. 167. ff. de Reg. Jur.* & hactenus etiam dominus recte agat ad dandum, ſi pretium rei furtivæ, quæ forſan periit aut conſumta eſt, exigat: tamen ſi rem ipſam adhuc extantem, quæ in dominio actoris omnino permanſit, petat, non tam agit ad dandum, quam ad reſtituendum, quemadmodum alibi etiam *dare* idem ac tradere, reſtituere ſignificat. *v. l. 4. ff. de Uſur. j. l. 25. §. 1. ff. de contr. Emt. vend.* HUBER. *ad Inſtit. de Action. p. 373.* BACHOV. *de Action. D. 4. th. 20. p. 151.* Ex dictis tamen inferri non debet, dominum hac actione utentem dominium probare teneri; præterea enim, quod ea ex dominio non ſit, iniquiſſimum ſane foret, ſi furi, qui rem actori abſtuliſſe convinci poteſt, ſub prætextu deficientis ex parte actoris dominii, rei amotæ reſtitutionem detrectare liceret. STRYK. *de Action. Forenſ. Inveſt. ſ. 1. m. 10. §. 4.* BOEHMER. *de Action. ſ. 2. c. 5. §. 36.* BEYER. *Poſ. ad ff. c. l. n. 5.* In quam ſententiam hoc ipſo anno 1729. Scabinatus Jenenſis in cauſa Clientis mei H. N. E. contra H. H. Z. pronunciavit.

§. XI.

Datur porro 2) condictio furtiva bonæ fidei poſſeſſori v. §. 4. nec non 3) omnibus illis, qui dominorum loco habentur, quales ſunt e. g. tutor, item Curator

rator furioſi. *l.56. §.4. de furt.* 4) Creditori, cui res pignori data clandeſtino facto ablata, poſſeſſioque intercepta eſt, ſive ab ipſo debitore. *l.22. ꝟ. de pignorat. act.* ſive ab alio *l.12. §.2. ꝟ. de Condict. furt.* Quid vero dicendum 5) de Commodatario, an & huic condictio furtiva accommodatur? Multi negant, quos inter eſt STRYVIVS *Ex. ad ꝟ. XIIX. §. 53. ibique* LYNKER *in Analect.* CLVDIVS *de Condict. furt. c.30.* Affirmativam contra tuentur LAVTERBACH. *in Comp. ꝟ. p.210.* LVDOVICI *in Comp. ꝟ. h.t. §. 2.* alii, in quorum & ego ſententiam concedere nullus dubito, motus imprimis clariſſimo textu *in l.f. §.3. C. de Furt.* ubi: *ſi quis rem commodatam habuerit, quam aliquis furto ſubtraxerit, & lite pulſatus condemnationem paſſus fuerit, non tantum* IN REM FVRTIVAM, *ſed etiam in pœnam furti &c.* Non quidem ignoro. LYNKERVM *c. l.* rejectis aliorum interpretationibus minus, ut ait, congruis, citata verba ita exponere, ut dominum ipſum rem mediante condictione perſecutum eſſe ſtatuat: at vero hæc explicatio nimis divinatoria & ex ſequentibus Legis verbis ſatis refelli videtur, ibi: Et POSTEA, poſtquam ſcilicet Commodatarius jam egerat, & condemnatio ſecuta erat, id quod præſtruit, facultatem experiundi eum habuiſſe, *dominus rei venerit, omnem condemnationem accipere deſiderans, utpote ex* SVÆ REI *occaſione ortam &c.* Cumque MORNACIVS *ad l. 1. ꝟ. de Condict. furt.* & eum ſecutus HVBERVS *ad ꝟ. c. tit. §. 3.* non inepte ſtatuant, quod hodie, ceſſantibus in duplum vel quadruplum actionibus, condictio furtiva omnibus dari debeat, quibus quondam furti actio competiit: non modo

Com-

Commodatario, adhibita tamen diſtinctione ab Imp. noſtro *in c. l. f. §. 4. & §. 18. J. de Obligat. quæ ex delict. naſc.* propoſita, ſed & 6) conductori, ac 7) omnibus aliis, quorum ex honeſta cauſa intereſt, condictione furtiva experiri licebit. Quid? quod & 8) fructuario contra furem, qui fructus maturos & ad huc pendentes decerpſit, hodie tribuenda erit, licet Jure Romano hoc in caſu aliter cautum ſit. *vid. l. 12. §. 5. π. de uſufr.* NOODT. *de uſufruct. l. 1. c. 3.* De cetero condictionem noſtram etiam heredibus ejus, cui res ſubducta eſt, competere, natura actionum rei perſecutoriarum, quibus illam accenſeri par eſt, facile evincit.

§. XII.

Progredior ad perſonas, contra quas condictio furtiva moveri poteſt. Nimirum datur illa imprimis contra ipſum furem, qui res alienas doloſe contrectavit. *l. 5. π. de Cond. furt.* vel etiam vi rapuit, cum & is pro fure & quidem improbiore habeatur. *l. 2. §. 10. π. vi bonor. raptor.* Si vero plures furtum rapinamve commiſerint, in electione actoris eſt, quemnam ex illis convenire velit *l. 1. C. de Condict. furt.* adeo ut conventus exceptione diviſionis haudquaquam gaudeat, ſed ſolidum præſtare obſtrictus ſit. Quod ſi tamen ab illo actori ſatisfactum fuerit, ceteri liberantur. *c. l. 1.* ſolvens vero à ſocio criminis ratam partem repetit, quicquid etiam in contrarium communiter à Dd. diſputetur. *Conf.* TITII *Obſervat. Lauterbach. 376. & Jus privat. L. 5. c. 1. §. 12.* Nec minus condictio furtiva datur contra illos, quorum ope conſilio furtum factum eſt, modo furtum paſſus à fure vel heredibus ejus rem ſubtractam aut ejus æſti-

ma-

mationem conſequi non valeat, recte ita cenſente TITIO *in Jur. Priv. c. l.* Quamvis enim VLPIANVS *in l. 6. ff. de Condict. furt.* ſimpliciter negare videatur, eum qui ope conſilio ad furtum concurrit, condictione teneri: tamen curatius aliquando dictam legem expendenti patebit, hanc ſententiam VLPIANO nullatenus ſediſſe, ſed eum comparationem ſolum inter Condictionem furtivam & actionem furti inſtituere ac diſquirere voluiſſe, an, quia actio furti & contra furem ipſum & contra auxiliatorem ſimul in ſolidum intentari, & ab utroque pœna dupli vel quadrupli exigi poteſt: *l. 21. §. 9. ff. de furt. l. 7. in f. de Jurisdict. arg. l. 11. §. 2. ff. ad L. Aquil.* idem quoque de Condictione furtiva adſerendum ſit? id quod optima ratione negat, ſiquidem hæc noſtra condictio rem furtivam vel ejus æſtimationem, quæ bis peti non poteſt, perſequitur & hinc, quia furtum primario illi, qui res abſtulit, imputari debet, contra ipſum furem heredemve regulariter inſtituenda venit, quo tamen non ſolvendo exiſtente, quin in ſubſidium contra eos, quorum ope conſilio furtum factum eſſe conſtat, agi poſſit, vix ambigendum eſt. Plane auxiliatores furum à condictione furtiva ſimpliciter exemtos non eſſe, luculenter docet *l. 53. §. 1. ff. de V. S.* quod hodie ob regulam, quam MORNACIVS atque HVBERVS juxta §. præcedentem tuentur, quamque ibidem laudavimus, tanto magis adſtrui debet. Et ſecundum hanc noſtram ſententiam non opus eſt, ut antinomiam inter *c. l. 53. §. 1. ff. de V. S. & l. 6. ff. de Condict. furt.* agnoſcamus, vel inter eum, cujus ope furtum *factum eſt*, & cujus ope *furtum fecit*, diſcrimen ſtatuamus,

vel

vel denique diſtinctionem, utrum *ſeparatim*, vel ope tantum, vel conſilio tantum, an vero conjunctim & ope & conſilio furtum commiſſum ſit, adhibeamus, & illum caſum *ad c. l. 6.* hunc vero ad allegatam *l. 53.* referamus. *Conf.* LYNCKER *in Anal. ad §. 11. Inſtitut. de Obligat. quæ ex delict.* Unde ſimul patebit, quam lubrico fundamento nitatur opinio eorum, qui ex *c. l. 6.* quod furtiva condictio ex delicto non ſit, evincere conantur, præſtruentes, nullo modo ei locum eſſe contra eos, quorum ope conſiliove furtum perpetratum, id quod tamen veritati minus conſentaneum eſſe, nec ex dicto textu probari, modo oſtenſum eſt.

§. XIII.

Quid vero de heredibus furis, & an illi quoque condictione teneantur, ſtatuendum ſit, nunc eo inveſtigandum eſt curioſius, quo majoribus difficultatibus hæc ipſa quæſtio involuta cenſetur. Enimvero, ſi ex ſanæ rationis & æquitatis principiis rem æſtimemus, omnino aſſeverandum eſt, heredes condictione teneri, quemadmodum illi generaliter ad damni à defuncto per delictum illati reparationem Jure naturali obligantur. *v. Excell. Dn.* GRIBNERI *Princip. Jurispr. Natural. l. 4. c. 4. §. 4. p. 364. ſeqq.* TITII *Jus priv. l. 1. c. 11. §. 31.* At cum Romanorum Legislatores ab hac æquitatis regula quodammodo diſceſſerint, &, ne actiones ex delictis deſcendentes contra heredes inſtituerentur, caverint, niſi forte aliquid ex delicto ad heredes pervenerit, vel cum defuncto lis conteſtata fuerit: *§. 1. I. de perpet. & temporal. Act. l. un. C. ex delict. defunct. in quant. hered. conven.* Inde reſurgit quæſtio, num hæc Juris Romani

 diſpo-

diſpoſitio etiam ad condictionem furtivam applicari & conſequenter ea contra heredes ceſſare debeat, ſi nihil ex furto ad eos pervenerit, vel lis nondum conteſtata fuerit? Ait quidem CUJACIUS *L. 7. Obſ. c. 37. & l. 13. Obſ. c. 37.* quem poſt alios ſequitur PAGENSTECHER *in ſicilim. ad Comp. Lauterb. man. 1. ſic. 30. p. m. 40. ſeqq.* tum ob *c. l. Un. C. ex del. defunct. in quant. heredes.* tum ob *l. 9. §. f. & l. 10. π. de Tutel. & rat. diſtrah.* ubi PAULUS diſertis verbis confirmare videtur, quod condictio furtiva, quæ à pupillo contra tutorem durante adhuc tutelæ adminiſtratione cum effectu vix inſtitui ac moveri poſſe dicitur, morte tutoris intereat, non ſecus ac actio furti, damni, injuriæ; tum quia condictio furtiva actioni rerum amotarum in Jure comparatur *l. 6. §. 4. & l. 21. §. 5. π. de action. rerum amotarum.* de illa vero ſancitum reperitur, quod contra heredem non detur, niſi in quantum is locupletior factus eſt. *v. l. f. C. rer. amot.* Verum hæc ſententia ex *l. 9. π. de Cond. Furt.* non obſcure refellatur, quandoquidem VLPIANUS dilucidè exprimit, heredem *non pro parte, quæ pervenit*, ſed NB. *in ſolidum* teneri, & præterea, quæ de transmiſſione actionum ex delicto venientium ſuperius adducta ſunt, à permultis Interpretibus ad actiones pœnales vel mixtas reſtringatur. *v.* MERILLIUS *L. 1. Variant. ex Cujac. c. 21.* imprimis quod ipſe Imperator Juſtinianus in *§. 9. in f. J. de L. Aquil.* perſpicue tradat, actiones ad heredes tranſire, ſi ultra damnum nunquam lis æſtimetur: nobis vero videtur ſimillimum, jurique noſtro convenientiſſimum, quod condictio furtiva, utpote actio merè rei-perſecutoria, indiſtinctè ſive aliquid per-

vene-

Digitized by Google

venerit ad heredem, ſive non pervenerit, ſive lis cum defuncto conteſta ſit, ſive non ſit, contra heredem inſtitui poſſit. *vid.* MERILL. *c.l.* & *L.7.Obſ. c.3.* BACHOV. *de actionib. D. 4. th.21.* COCCEJUS *in Jure Controv. civil, de Condict. Furt. qu. 6.* nec intereſſe putamus, heredes majores ſint, an minores, cum & contra infantes & furioſos, ſi heredes neceſſarii extiterunt, ſeu potius contra eorum tutores vel curatores, moveri queat. *l. 2. π. de Condict. Furt.* Quamvis enim illi ex proprio facto non obligentur, ex transmiſſa tamen obligatione prout dubio obſtringuntur. TITIUS *in Jur. priv. L.5.c.1.§.13.* Neque tamen ex defenſa hucusque ſententia colligi debet, condictionem furtivam non eſſe ex delicto, prout quosdam argumentari §. 7. jam obſervavimus. Sicut enim heredes ex quolibet delicto à defuncto commiſſo naturaliter tenentur: ita licet concedamus, Romanos nullas actiones ex delicto fluentes, *ne quidem rei perſecutorias*, quod tamen dubio non caret, contra heredes dediſſe, tamen exinde, quod illi dictamen ſanæ rationis in delicto furti & quod ad condictionem furtivam ſpecialiter ſecuti fuerint, & à regula Juris poſitivi tantiſper odio furum abierint, nihilo magis actionem hanc ex furto non eſſe, probabitur, quam ex eo, quod condictio hæc *Domino* detur contra reliquarum condictionum indolem, inferri poterit, eam inter condictiones plane non oportere referri.

§. XIV.

Quemadmodum vero iis, quæ ex CUJACIO atque PAGENSTECHERO illi, quam propugnamus, ſententiæ objici ſolent, abunde à citatis Auctoribus ſatisfa-

 ctum

ctum atque dilucide probatum eſt. 1) *c. l. Un. Cod. ex delict. def.* ſi vel maxime ad actiones rei perſecutorias proferri poſſit, tamen regulam ſolum continere, à qua per modum exceptionis condictio furtiva, alias etiam ſingularia multa habens, deflectet. 2) *alleg. l. 9. & 10. ff. de Tut. & ration. diſtrah.* hoc ſolum velle, quod cum tutor res pupillares ſurripuerit, & durante tutela mortuus fuerit, condictio quidem, quæ jam nata erat contra tutorem, morte furis hactenus intereat, pupillus tamen adverſus heredem tutoris experiri poſſit, quamvis etiam dici queat, verba *leg. 10. alleg. quamvis morte tutoris intereant* non ad condictionem, ſed ad actionem furti & injuriæ referenda eſſe. 3) Comparationem, quæ fit inter actionem rerum amotarum & condictionem furtivam non abſolutam eſſe, ſed eò ſolum pertinere, quod condictio rerum amotarum contra heredem mulieris detur, perinde ut condictio furtiva contra heredes furis moveri poteſt, ita novum rurſus exoritur dubium, an heredes furis etiam eo caſu adhuc in ſolidum à furtum paſſo conveniri poſſint, ſi furi, quod hodie juxta CC. Carolinam ſæpe accidit, vel mortis vel alia corporis afflictiva pœna dictata & executioni data fuerit?

§. XV.

Quamvis enim apud Romanos furtum capitaliter non puniretur, adeo ut Juſtinianus diſerte prohibuerit *in Nov. 134. c. f.* ne pro furto quodlibet membrum abſcindatur, aut mors inferatur. Unde videri poſſet, quæſtionem à nobis propoſitam à Juris Romani rationibus prorſus alienam eſſe. Quia tamen illius Juris au-

ctores

ctores generaliter definiunt, *quoties de re familiari & Civilis & Criminalis competit actio, utraque licere experiri, ſive prius criminalis ſive civilis actio moveatur, nec ſi civiliter fuerit actum, criminalem poſſe conſumi, & ſimiliter e contrario. l. Un. C. quando Civil. act. Criminal. præjud. j. l. 7. §. f. C. ad L. Fab. de Plagiar. l. 23. C. ad L. Cornel. de Falſ.* non inſubide iſthoc ad furtum applicatur, recteque concluditur, quod ſicut ipſe fur, vel fuſtigatione vel alia pœna affectus ad rei ablatæ reſtitutionem & damni dati reparationem furtum paſſo obſtrictus manet, cum pœna criminalis eidem inflicta civilem actionem, qualis eſt condictio furtiva, rei perſecutionem continens. *l. 7. §. 1. π. de Condict. Furt.* non tollat: ita & heredes ejus, ſi is forte ultimo ſupplicio punitus eſt, ex eadem ratione condictione furtiva nihilominus adhuc pulſari queant, idque non ſolum, ſi res furtiva extet penes heredes, ſed & ſi conſumta à fure fuerit. Neque enim ſuſpendio furis domini detrimento, quod perpeſſus eſt, ſuccurritur, quod tamen ipſi reſarciendum eſſe & civilis & naturalis ratio præcipit. vid. ſupr. §. 1. & licet res furtiva non amplius extet, iſta tamen ad damnum reparandum ſemel nata obligatio alienatione aut conſummatione rei haud quaquam extinguitur. *l. 7. §. f. π. de Condict. furt.* Atque hanc ſententiam fuſius declarat HOPPIUS *ad §. 19. J. de Oblig. quæ ex delict. naſ.* RICHTER. *Deciſ. 96. n. 114.* FINCKELTHAUS *Obſ. 59.* recteque aſſerit STRYK. *in Uſ. mod. π. tit. de Cond. furt. §. 7.* ſecundum eam in illis foris Germaniæ, ubi Jus civile receptum, pronuntiandum eſſe. Quid? quod in ipſa Electorali Saxonia, ubi quondam, ſi fides CAR-

PZOVIO *p. 4. c. 32. def. 23. n. 13. ſeqq.* habenda eſt, contrarium invaluerit, noſtra ſententia Ao. 1719. ſpecialiter per Mandatum Regium confirmata eſt, de quo *vid.* B. LUDEK. MENCKEN. *Diſſert. de Reo ejusque herede, ex delicto corporis adflictivam pœnam merente ad ablati expenſarumque reſtitutionem obligato.*

§. XVI.

E contrario ſucceſſores ſingulares condictione furtiva plane conveniri nequeunt. *Nunquam ea condictione alius, quam qui fecit furtum tenetur, aut heres ejus l. 5. ff. de Condict. Furt.* nec ratio aliqua apparet, quare obligatio furis in ſucceſſorem ſingularem tranſire debeat. Nec obſt. *§. 26. J. de Rer. diviſ.* ibi: *à furibus & quibusque aliis poſſeſſoribus.* Nam dicta verba vel ad poſſeſſores furibus ſimiles reſtringenda, vel de condictione ſine cauſa accipienda, *vid.* SCHWENDEND. *ad Eckoldt de Condict. furt. §. 5.* vel mendoſa dicendum eſt, quod poſtremum placuit CONTIO atque CHARONDÆ, qui loco: *quibusque* ex omnibus MS. legere malunt, *quibusdam*, notante EVERARDO OTTONE *Vir. Cl. in not. ad c. §. 26. J. de R. D.*

§. XVII.

Reſtat ut breviſſimis adhuc exponamus, quo condictio furtiva tendat, & ad quid potiſſimum comparata ſit; ubi quidem ex deſcriptione §. 4. data, nec non ex iis, quæ ſubinde dicta ſunt, elucet, illam ad rem furtivam vel æſtimationem ejus conſequendam imprimis inſtitui. Quod ſi igitur res furto ſubducta adhuc *extet*, ad illam in ſpecie reddendam agitur. *l. 8. pr. ff. de Cond. furt.* licet in aliam formam mutata, & e.g. ex argento

ſub-

ſubrepto pocula facta ſint. *l. 13. ᚼ. eod.* Nec ſufficit, rem ipſam reddi, ſed etiam fructus quicunque reſtitui, & e.g. ovibus vel vaccis ſurreptis, lana quoque, lac, agni & vituli præſtari debent. *l. 8. §. f. ᚼ. eod.* Sin res furtiva amplius *non extet*, petitur illius æſtimatio. *c. l. 8. pr.* ita quidem, ut in illa determinanda ſpectetur tempus, quo res unquam à tempore furti commiſſi usque ad tempus condemnationis plurimi fuit. *c. l. 8. §. 1.* licet æſtimatio cura & ſumtibus furis creverit. *l. 13. ᚼ. eod.* Eſt enim ille ſemper in mora, adeoque non ſolum ad ea, quæ hinc conſequuntur, tenetur, ſed etiam expenſas meliorationis repetere nequit, quia ſibi imputare debet, quod in rem alienam doloſe adquiſitam eas fecerit. vid. TITII *Obſ. Lauterb. 379.* Unde quoque conſit, nihil intereſſe, culpa an caſu perierit. *l. 2. C. de Condict. Furt. l. f. ᚼ. eod.* Niſi fur ante rei interitum domino illam obtulerit. *l. 8. pr. ᚼ. eod.* & ſic moram purgaverit. *v. l. 17. ᚼ. eod.* Ex quibus ſimul veritatem afferti noſtri conſtare arbitramur, quando ſupra §. *6. in f.* diximus, durius longe fures eorumque heredes condictione furtiva, quam ſimplices poſſeſſores rei vindicatione teneri. Hi enim uſuali rei interitu liberantur *l. 10. pr. ᚼ. de Rei Vind.* Illi vero omnimode tenentur, etiamſi res æque apud actorem peritura fuiſſet, *l. 8. §. 1. ᚼ. de Cond. furt.* EVERARD. OTTO *ad §. 14. J. de action.* Hi impenſas in rem factas ſervant, quia nemo cum alterius detrimento, licet is prædo ſit, locupletari debet. *l. 38. ᚼ. de H. P.* Illorum intuitu vero expenſarum in rem factarum ratio plane non habetur. *c. l. 13. ᚼ. de condict. furt.* add. HOTOMANN. *ad c. §. 14. J. de Act.*

§. XVIII.

§. XVIII.

Num vero furtum paſſo majoris ſecuritatis gratia in bonis furis tacita ſeu legalis hypotheca ſaltim moribus Germaniæ tribuenda ſit, inter Dd. controvertitur. Affirmat SCHILTER. *Exerc. ad* ⸗. *XIX.* §. *74. in f.* & *Exerc. XXIV.* §. *49.* ubi ſimul cautelam ſuppeditat, quod ſcil. condictio noſtra cum actione hypothecaria ab actore utiliter cumulari poſſit. Verum cum hypotheca tacita extra caſus in lege expreſſos fingi non debeat, de conſuetudine vero, quæ pignus legale domino in furis bonis tribuat, non conſtat, negativa nobis verior videtur cum BRUNNEMANNO *de Proceſſ. Concurſ. Credit. c. 5.* §. *52.* RICHTERO *de Privileg. Credit. c. 5. n. 21.* BERGERO *in Reſ. Lauterb. p. 203.* STRYKIO *in Uſ. mod.* ⸗. *h.* §. *f.*

§. XIX.

Concurrit condictio furtiva cum aliis actionibus ex furto vel ejus occaſione competentibus, & quidem *cumulative* cum actione furti pœnali. §. *f. J. de Oblig. quæ ex delict. naſc.* quæ tamen in Germania recepta non eſt. *v. omnino* THOMAS. *not. ad J. c. Tit. p. 242. ſeqq.* nec non cum perſecutione extraordinaria criminali *l. Un. C. quando civil. act. crim. præjud.* at cum rei vindicatione non concurrit, niſi *elective*, ita ut una electa, altera actio conſumatur, tendit enim utraque ad rei perſecutionem, bona fides vero non patitur, ut idem bis exigatur. *l. 57.* ⸗. *de Reg. Jur.* Plura de concurſu variarum actionum cum noſtra condictione congeſſit CLUD. *de Condict. furt. c. 51.*

§. XX.

Digitized by Google

§. XX.

Ne vero diſſertatio mea nimium excreſcat, hic ſubſiſto, examinaturus modo pauciſſimis, quid de ſententia eorum ſtatuendum ſit, qui condictionem furtivam in Germania penitus ceſſare autumant. Plane THOMASIVS diſerte *in not. ad* π. *de Condict. furt. p. 160.* ad mores Germanorum illam non quadrare cenſet, eamque in rem tribus potiſſimum rationibus utitur, 1) quod heredes jure Germanico non debeant præſtare obligationem defuncti ex furto contractam. 2) quod inanis contra heredes foret actio. 3) quod moribus Germaniæ domino rei furtivæ tacita in bonis furis hypotheca, & ſic pinguior actio competat. A qua ſententia, non multum recedere videtur TITIVS *in Jur. Pr. L. 5. c. 1. §. 17.* ubi obligationem quidem ad damnum reſtituendum dubio procul adhuc obtinere fatetur, condictionem tamen, proceſſu civili tractandam, eo fine non facile inſtitui ſubjungit. Quæ ſi vera eſſent, operam & oleum nos perdidiſſe hucusque, vix infitiari poſſemus. Sed ſalva res eſt, nec rationes THOMASII nos movere poſſunt, ut condictionem furtivam in Germania non receptam vel iterum uſu ſublatam exiſtimemus. Nam quod primo loco afferebatur, plane à vero nobis alienum videtur, nec ex textibus à SCHILTERO, ad quem provocat, allegatis evincitur. Quoad 2) non diffitemur, actionem noſtram ſi ad æſtimationem rei furtivæ amplius non ex tantis agatur, ſæpe inanem eſſe contra fures, eorumque heredes: at id aliis etiam actionibus accidit, de quarum uſu tamen dubitari nulla ratione poteſt,

& ſufficit, quod nonnunquam effectu ſuo non deſtituatur. Quod vero 3) de hypotheca tacita adſtruitur, prorſus a nobis rejectum eſt. §. 18. neque igitur probationis loco id, de quo adhuc quæritur, debebat aſſumi. Cum ergo obligatio furis ad rem amotam reſtituendam, vel æſtimationem præſtandam Juris naturalis ſit, inde hodienum hanc actionem, ceteris paribus, utiliter moveri poſſe & ſolere cum B. STRYKIO *in Uſ. mod. π. de Cond. furt. §. 1.* reor, atque tanto magis perſuaſum habeo, quoniam ipſi mihi, poſteaquam cauſas in Judicio perorare cœpi, occaſio oblata eſt, condictionem hanc nomine Clientis mei contra eum, qui equulum ejus ipſo invito & neſciente ex ſtabulo abduxerat, movendi, atque ejus reſtitutionem petendi, quæ cauſa, cum adhuc pendeat, anſam mihi ſuppeditavit, ut thema hoc de condictione furtiva loco ſpeciminis inauguralis eligerem & uberius proſequerer. In quo etſi forte non ubique ea, qua par eſt, cura atque dexteritate verſatus ſim, veniam tamen abs Lectore Benevolo me impetraturum eſſe, facilè confido.

T A N T V M.

COROLARIA.

I.

PAter cum liberis in poteſtate exiſtentibus hodie validè contrahit.

II.

Liberi in Germania à patria Poteſtate per inſtitutionem peculiaris Oeconomiæ liberati, cum Emancipatis Romanorum comparari nequeunt, nec Jura ſuitatis amittunt.

III.

Actio pignoratitia contra tertium non competit, ne quidem Jure Canonico.

IV.

Diſtinctio contractuum in bonæ fidei & ſtricti Juris hodie nullius uſus eſt.

V.

Theſaurus in fundo vendito ante traditionem repertus venditori cedit.

VI.

In Contractu æſtimatorio dominium in accipientem transfertur.

VII.

Beneficium Ordinis ſive Excuſſionis extraneo hypothecæ poſſeſſori competit, etiamſi Creditor ex ſpeciali hypotheca agat.

VIII.

Digitized by Google

VIII.

Bona uxorum paraphernalia & receptitia jure Romano non diſtinguuntur.

IX.

Promiſſor facti per præſtationem ejus quod intereſt, non liberatur.

X.

Actiones pœnales in duplum, triplum & quadruplum in Germania receptæ non ſunt.

XI.

Legatum rei alienæ jure Canonico ſimpliciter improbatur.

XII.

Proprie loquendo non datur Jus imperfectum.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google